

University of Groningen

## De voorwaarden voor (voortzetting van) strafrechtelijke detentie van onbepaalde duur van Hattum, Wiene

*Published in:*  
Daad, dader en deskundige

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*  
Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

*Publication date:*  
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

van Hattum, W. (2018). De voorwaarden voor (voortzetting van) strafrechtelijke detentie van onbepaalde duur. In F. de Jong, M. Liem, & J. van Mulbregt (editors), *Daad, dader en deskundige: Liber amicorum prof. dr. Frans Koenraadt* (blz. 327-339). (Pompe Reeks; Vol. 93). Boom Juridische uitgevers.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

**De voorwaarden voor (voortzetting van) strafrechtelijke detentie van onbepaalde duur**  
in: F. de Jong, M. Liem & J. van Mulbregt (red.), *Daad, dader en deskundige. Liber amicorum*  
prof. dr. Frans Koenraadt, Den Haag: BJU 2018, p. 327–339

door Wiene van Hattum 30 november 2017, versie zoals geaccepteerd door de redactie

## 1. De verhouding tussen levenslang en tbs

Nederland kent twee strafrechtelijke sancties die de pleger van een ernstig geweldsdelict voor onbepaalde tijd van zijn vrijheid kunnen beroven: de levenslange gevangenisstraf en de maatregel van terbeschikkingstelling met dwangverpleging (tbs).<sup>1</sup> Beide vormen van vrijheidsbeneming kunnen duren tot de dood erop volgt. Op het eerste gezicht lijkt het verschil tussen beide sancties duidelijk: de straf dient ter vergelding van de schuld en de maatregel dient ter beveiliging van de samenleving tegen de veroordeelde en – zo mogelijk – tot diens behandeling. Dit onderscheid moet echter meteen worden gerelativeerd; een levenslange gevangenisstraf wordt immers vaak juist opgelegd met het doel de samenleving tegen de gevaarlijke dader te beschermen.<sup>2</sup> Dan dient die straf dus net als de tbs ter beveiliging. Deze overlap van doelen is onder meer toe te schrijven aan het feit dat de straf niet proportioneel hoeft te zijn aan de schuld. Volgens de Hoge Raad vindt die eis ‘geen steun’ in het recht.<sup>3</sup> Zo komt het regelmatig voor dat zelfs bij (zeer) verminderde schuld een levenslange gevangenisstraf wordt opgelegd. Deze straf wordt als gevangenisstraf ten uitvoer gelegd.<sup>4</sup> Duitsland en het Verenigd Koninkrijk doen dit anders (waarmee overigens niet direct gezegd wil zijn: ‘beter’); in geval een delict is gepleegd dat met een levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd, meet de strafrechter de straf af aan de mate van schuld. In Duitsland is die duur bemeten op minimaal 15 jaar.<sup>5</sup> Naast deze straf kan de rechter zo nodig, ter beveiliging van de samenleving, een vrijheidsbenemende maatregel opleggen, de zogenoemde *Sicherungsverwahrung*.<sup>6</sup> In het Verenigd Koninkrijk bepaalt de strafrechter bij oplegging van een levenslange straf welk deel de veroordeelde moet worden ondergaan (de zgn. ‘tariff’) terwijl de rest van de straf afhankelijk is van de eventueel nog bestaande gevaarlijkheid van de veroordeelde (de zgn. ‘security period’). Indien de Nederlandse rechter een zelfde tweedeling zou willen aanbrengen, moet<sup>7</sup> hij kiezen voor de combinatie van een *tijdelijke* gevangenisstraf en tbs, maar dat kan alleen als ook wordt voldaan aan de voor tbs geldende voorwaarden. Een struikelblok blijkt dan wel eens te zijn dat niet kan worden vastgesteld dat ten tijde van het delict bij de verdachte sprake was van een stoornis van zijn geestvermogens.<sup>8</sup> Soms ook wil de rechter eenvoudig geen tbs opleggen, ook indien

<sup>1</sup> Met het oog op de leesbaarheid en de lengte van deze bijdrage laat ik de maatregel ‘levenslang toezicht’, art. 38z Sr, die onder omstandigheden ook uit levenslange vrijheidsbeneming kan bestaan, buiten beschouwing.

<sup>2</sup> T. de Bont en S. Meijer, *Hoe te reageren op de allerergste misdaden?*, in: J.W. Ouwerkerk e.a. (red.), *Hoe te reageren op misdaad? Op zoek naar de hedendaagse betekenis van preventie, vergelding en herstel*, Den Haag: SDU 2013, p. 119–130.

<sup>3</sup> O.m. HR 12 november 1985, *NJ* 1986/327 (Hannie P.). Dit standpunt wordt in de doctrine bestreden, zie F.W. Bleichrodt en P.C. Vegter, *Sanctierecht, Ons Strafrecht deel 3*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 40, 41.

<sup>4</sup> W.F. van Hattum, *Plaatsing van levenslanggestraften in het gevangeniswezen; het huidige beleid in het licht van Murray tegen Nederland*, *NJB* 2017, 41, p. 3000–3006.

<sup>5</sup> Bij meer dan gemiddelde schuld is verhoging mogelijk, art. 57a lid 1, 2e StGB.

<sup>6</sup> EHRM 17 december 2009, M. tegen Duitsland, appl.nr. 19359/04, § 116.

<sup>7</sup> Volgens de HR zijn tbs en levenslang niet met elkaar te verenigen, HR 14 maart 2006, *NJ* 2007/345, m.n. P.A.M. Mevis, r.o. 9.8.

<sup>8</sup> Art. 37a lid 1, aanhef, Sr.

deskundigen dat aanbevelen, of het openbaar ministerie die maatregel vordert, bijvoorbeeld omdat de maatregel in de ogen van de rechter onvoldoende beveiliging biedt.<sup>9</sup>

Nu hoeft hieruit niet te worden geconcludeerd dat Nederland een barbaars strafstelsel kent. In de tenuitvoerlegging van de straf kan namelijk rekening worden gehouden met de ten tijde van het delict bestaande, of later aan de dag tredende, stoornis.<sup>10</sup> Dat gebeurde tot ca. 2005 ook. Levenslange straffen werden, als dat kon, verkort door gratie en levenslanggestraften die aan een stoornis leden, en daardoor mogelijk gevaarlijk bleven, plachten te worden overgebracht naar een tbs-kliniek om daar te worden behandeld indien dat voor hun vooruitzicht op invrijheidstelling noodzakelijk was. Een dergelijke overplaatsing had ook plaats als dat beter paste bij de geestelijke gesteldheid van de veroordeelde zonder dat sprake was van een reëel perspectief op terugkeer in de samenleving.<sup>11</sup> Uit de beslissingen van de beroepscommissie (BC) van de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ) blijkt dat de BC dit beleid, toen dat rond 2005 door het departement werd verlaten, in elk geval nog tot in 2010 met kracht ondersteunde. Zo besliste de BC in 2007 dat de verminderd toerekeningsvatbaar geachte, maar levenslanggestrafte Koos H. er recht op had in een longstay te verblijven<sup>12</sup> en dat de tot levenslang veroordeelde, maar door de rechter – achteraf ten onrechte – niet verminderd toerekeningsvatbaar geachte C.Y., recht had op verlof als uitvloeisel van de behandeling die hij sinds 2001 in een tbs-kliniek ontving.<sup>13</sup> Frans Koenraadt zal met een zekere voldoening terugkijken op deze beslissingen, die mede zijn handtekening dragen,<sup>14</sup> en wel omdat deze wijze van tenuitvoerlegging het meest recht doet aan heel de mens. Degenen over wie deze bijdrage gaat, degenen die een ernstig levensdelict hebben gepleegd, zijn immers niet scherp<sup>15</sup> in te delen in degenen die in een gevangenis thuishoren en degenen die recht hebben op behandeling in een tbs-kliniek; de zorg die zij nodig hebben, is niet afhankelijk van een strafrechtelijke titel.<sup>16</sup> Deze opvatting over mensen spreekt ook uit de rechtspraak van het Europese Hof tot bescherming van de Rechten van de Mens (EHRM). Dit Hof liet de eisen te stellen aan de tenuitvoerlegging van beide sancties de afgelopen tien jaren naar elkaar toegroeien. Het deed dit door uitleg van het verbod van inhumane behandeling (artikel 3 EVRM) enerzijds en het verbod van willekeurige detentie (artikel 5 EVRM) anderzijds. Ik wil dit laten zien aan de hand van enkele arresten die het EHRM de laatste jaren ten aanzien van beide sancties heeft gewezen. De behandeling van de arresten over de maatregel voeren daarbij naar een kijkje bij de oosterburen, die een regeling kennen die gelijkenis vertoont met het op 29 november 2017 gelanceerde plan van

---

<sup>9</sup> Zie het overzicht van de strafmotivering van de rechter in de zestien zaken waarin een levenslange gevangenisstraf is opgelegd aan een verdachte bij wie volgens de deskundige sprake was van een stoornis, bijlage bij Van Hattum 2017 (*a.w.*), digitale editie. Het Hof Arnhem-Lw, 13 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9826 zag recentelijk echter af van levenslang omdat gelet op het nieuwe levenslangbeleid een tbs juist meer beveiliging zou bieden.

<sup>10</sup> Het moet gaan om ‘een gebrekkige ontwikkeling’ of ‘ziekelijke stoornis’ van de geestvermogens, art. 13 Sr.

<sup>11</sup> W.F. van Hattum, In de daad een mens. De gratieprocedure levenslanggestraften: departementaal beleid en magistratelijk toezicht, vroeger en nu, *DD* 2009, afl. 4, p. 325–352.

<sup>12</sup> BC 06/1794/TR 11 juni 2007. Koos H. is in 2015 overleden.

<sup>13</sup> BC 09/3625/TR, 12 juli 2010, onredelijke intrekking verlofmachtiging. Y. was in 2001 na 18 jaar gevangenisstraf ter behandeling overgeplaatst naar de Van der Hoevenkliniek om hem uitzicht op invrijheidstelling te geven.

<sup>14</sup> Het zijn er slechts twee van de ten minste 195 beslissingen waaraan Frans tussen 2002 en 2011 heeft meegewerkt.

<sup>15</sup> *Kamerstukken II* 1980/81, 11 932, nr. 5 (MvA wetsvoorstel TBR), handelend minister: De Ruiter en vanaf 1982: Korthals Altes.

<sup>16</sup> Vgl. H. van Rooy, *Criminologisch onderzoek betreffende recidivisten en terbeschikkinggestelden*, Studie- en voorlichtingscentrum van het Ministerie van Justitie, 1957.

VVD en PvdA om aan tot (enkel) gevangenisstraf veroordeelde weigerende observandi, alsnog tbs te kunnen opleggen.<sup>17</sup>

## 2. Het EHRM en strafrechtelijke vrijheidsbeneming voor onbepaalde tijd

Opsluiting voor de rest van het leven, of die nu berust op een levenslange gevangenisstraf<sup>18</sup> of op een door de strafrechter opgelegde beveiligende maatregel,<sup>19</sup> acht het EHRM niet strijdig met de mensenrechten zolang de vrijheidsbeneming maar niet willekeurig is<sup>20</sup> en de tenuitvoerlegging geen grotere beproeving en onzekerheid voor de veroordeelde teweegbrengt dan dergelijke sancties nu eenmaal doen.<sup>21</sup> De vrijheidsbeneming moet vallen binnen de termen van artikel 5 EVRM eerste lid onder (a): ‘the lawful detention of a person after conviction by a competent court’, of (e): ‘the lawful detention of persons of unsound mind’.<sup>22</sup> Zij kan ook op beide gronden tegelijk berusten, zoals het geval kan zijn bij een door de strafrechter naar aanleiding van een strafbaar feit opgelegde beveiligingsmaatregel aan iemand die aan een stoornis lijdt, zoals de tbs-maatregel.<sup>23</sup>

Van een willekeurige detentie kan, in geval van een levenslange gevangenisstraf, sprake zijn als het verband tussen de strafrechtelijke veroordeling en de tenuitvoerlegging is komen te vervallen. Dat is bijvoorbeeld het geval als na voorwaardelijke vrijlating de tenuitvoerlegging wordt hervat op basis van een delict dat niets uitstaande heeft met de reden waarom destijds een levenslange gevangenisstraf werd opgelegd.<sup>24</sup> In geval van een vrijheidsbenemende maatregel is bijvoorbeeld sprake van willekeur als de wijze van tenuitvoerleggen niet voldoet aan het doel van de vrijheidsberoving, dus als aan een tbs'er geen tbs-behandeling (meer) zou worden aangeboden, of als de tenuitvoerlegging in een tbs-kliniek niet tijdig aanvangt.<sup>25</sup> Van een te grote beproeving en situatie van te grote onzekerheid is sprake als geen uitzicht op invrijheidstelling wordt geboden. De rechtspraak hieromtrent heeft zich met name ontwikkeld rond de levenslange gevangenisstraf.

### *Het EHRM en de levenslange gevangenisstraf*

Het feit dat levenslang mág, betekent niet dat mensen voor de rest van hun leven mogen worden weggeborgen. Het Hof eist van de lidstaten dat de tot levenslange gevangenisstraf veroordeelde, zonder onderscheid, vanaf het moment van oplegging van zijn straf zowel juridisch als feitelijk perspectief op vrijlating heeft en dat dit recht vorm krijgt in een met waarborgen omklede herbeoordeling na uiterlijk 25 jaar. Dan moet worden onderzocht *of zich zodanige veranderingen aan de zijde van de veroordeelde hebben voltrokken en zodanige*

<sup>17</sup> Van Oosten (VVD) en Kuiken (PvdA), *Stenogram 28e vergadering Tweede Kamer*, 29 november 2017 (Justitiebegroting).

<sup>18</sup> EHRM (GK) 12 februari 2008, Kafkaris tegen Cyprus, appl.nr. 21906/04 (hierna: ‘Kafkaris’), § 97.

<sup>19</sup> Zie EHRM 17 december 2009, M. tegen Duitsland, appl.nr. 19359/04 (hierna: ‘M.’), § 93 en 94.

<sup>20</sup> EHRM 18 september 2012, James, Wells en Lee tegen het VK, nr. 25119/09, 57715/09 en 57877/09, *NJ* 2014/95, m.nt. Reijntjes. Hierin beschrijft het EHRM de vier principes die het hanteert om willekeur vast te stellen.

<sup>21</sup> EHRM 11 april 2006, Léger tegen Frankrijk, appl.nr. 19324/02, § 93; Kafkaris § 107.

<sup>22</sup> De gronden b, d en f zijn zonder meer niet aan de orde en de c-grond is niet geschreven voor het doel van de vrijheidsbenemende maatregel in kwestie, M. § 102 en EHRM 13 januari 2011, Haidn tegen Duitsland, appl.nr. 6587/04 (hierna ‘Haidn’), § 76.

<sup>23</sup> Zie bv. EHRM 1 mei 2004, Brand tegen Nederland, appl.nr. 49902/99 (hierna: ‘Brand’), § 59.

<sup>24</sup> EHRM (GK) 28 mei 2002, Stafford tegen het VK, appl.nr. 46295/99, § 81. Dit is reden om het criterium ‘delictgevaarlijkheid’ in het huidige verkortingsmechanisme van de levenslange gevangenisstraf kritisch te hanteren (art. 4 onder b Besluit Adviescollege levenslanggestraften en ‘Reactie op verslag schriftelijk overleg inzake stand van zaken uitwerking wijzigingen tenuitvoerlegging levenslange gevangenisstraf’, 20 december 2016, *Kamerstukken II*, 2016–17, 29 279, nr. 366, p. 3).

<sup>25</sup> Brand, § 62–66.

voortgang is geboekt in zijn of haar resocialisatie, dat verdere tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf niet langer gerechtvaardigd is (de zgn. Vinter-toets).<sup>26</sup> Mocht blijken dat de gevaarlijkheid van de veroordeelde niet voldoende is afgenomen, is dat bijvoorbeeld reden voor voortzetting van de detentie.<sup>27</sup> Andere dan dit voorbeeld noemt het Hof tot nu toe niet. Wel heeft het benadrukt dat vrijlating wegens fysieke aftakeling, of om iemand over te plaatsen naar een hospice, niet het *prospect of release* is dat hier wordt bedoeld.<sup>28</sup> Die 25 jaar zijn dus bepaald een grens als het gaat om geestelijk en lichamelijk nog gezonde mensen.

Die gezondheid kan tijdens c.q. door de detentie worden aangetast<sup>29</sup> en daarom, zo begrijp ik het Hof, houdt het met het uitvoeren van de Vinter-toets niet op. Het recht op resocialisatie verplicht tot het faciliteren van *het proces van resocialisatie*.<sup>30</sup> In de loop van de detentie zal daarom op die resocialisatie steeds meer de nadruk moeten komen te liggen.<sup>31</sup> Hierbij geldt dat gedetineerden die dat nodig hebben, de middelen dienen te krijgen om zich te verbeteren. Dat is volgens het Hof logisch, omdat een gedetineerde immers niet kan bewijzen dat hij voortgang heeft geboekt als hij de gelegenheid niet krijgt om dat aan tonen.<sup>32</sup> Voor levenslanggestraften die behandeling nodig hebben om kans te kunnen maken op vrijlating, zeker degenen die al lijdende waren aan een stoornis bij oplegging van de straf, geldt daarom dat zij die behandeling aangeboden moeten krijgen: medische, psychologische of psychiatrische, wat maar van toepassing is. En om te ontdekken wat nodig is, zal een inschatting van de eventuele stoornis moeten worden gemaakt, een actieve bejegening door het personeel moeten plaatshebben en zal waar nodig steeds behandeling en therapie onderdeel van het individuele detentieprogramma moeten uitmaken.<sup>33</sup> Deze verplichtingen kunnen zo ver gaan ‘as to impose an obligation on the State to transfer prisoners (including mentally ill ones) to special facilities in order to receive adequate treatment’,<sup>34</sup> dus bijvoorbeeld naar een tbs-kliniek. Aan zijn rechtspraak legt het Hof onder meer de benadering van het Duitse Bundesverfassungsgericht ten grondslag, die de plicht van de overheid om naar rehabilitatie van de veroordeelde te streven, afleidde uit het respect voor de menselijke waardigheid, zoals neergelegd in artikel 2 van de Duitse Grondwet.<sup>35</sup> Dat het EHRM ernst maakt met de tijdige invulling van de re-integratie-activiteiten valt af te leiden uit de vragen die recent aan de Nederlandse en Italiaanse regeringen zijn gesteld over de manier waarop aan de resocialisatie invulling wordt gegeven.<sup>36</sup>

### *Het EHRM en de vrijheidsbenemende maatregel*

---

<sup>26</sup> EHRM (GK) 9 juli 2013, Vinter e.a. tegen het VK, appl. nrs. 66069/09, 130/10 en 3896/10, NJ 2015/135, m.nt. Keijzer (hierna ‘Vinter’), § 109, 110 en 119–122.

<sup>27</sup> Vinter, § 108.

<sup>28</sup> Vinter, § 127.

<sup>29</sup> M. Liem, *After Life Imprisonment: Reentry in the Era of Mass Incarceration*, New York: NYU Press, 2016.

<sup>30</sup> EHRM (GK) 26 april 2016, Murray tegen Nederland, appl.nr. 10511/10, hierna: ‘Murray’. Zie ook S. Meijer, De opmars en evolutie van het resocialisatiebegrip. De betekenis en ontwikkeling van het resocialisatiebegrip in Europese en Nederlandse rechtspraak, DD 2015/65.

<sup>31</sup> EHRM (GK) 30 juni 2015, Khoroshenko tegen Rusland no. 41418/04, § 121, *Sancties* 2016/1, m.nt. W. van Hattum.

<sup>32</sup> Murray, § 103 en 104.

<sup>33</sup> Murray, § 107–113.

<sup>34</sup> Murray, § 105.

<sup>35</sup> Vinter, § 113 jo 69–71 (BVerfG 21 juni 1977; dit arrest leidde tot invoering van artikel 57a StGB).

<sup>36</sup> EHRM 20 oktober 2017, R.R. Canword tegen Nederland appl.nr. 214664/15 en A.H. Lake tegen Nederland appl.nr. 2445/17 en EHRM 30 mei 2017, M. Viola tegen Italië, appl.nr. 77633/16 (de klacht tegen Italië betreft de zgn. ‘Ergastolo ostativo’, de levenslange gevangenisstraf zonder uitzicht op vrijlating).

Kijken we naar de rechtspraak van het EHRM inzake de beveiligende (preventieve) maatregel, dan spreekt daaruit evenzeer de eis dat de autoriteiten zich inspannen de betrokkene weer terug te laten keren in de samenleving. Dit is nog vanzelfsprekender dan bij een levenslange gevangenisstraf nu het een maatregel betreft en geen straf. Wat deze positieve verplichting inhoudt, werd recent verwoord in enkele arresten over de Duitse *Sicherungsverwahrung* (SV) en leidde in Duitsland in 2013 tot een ingrijpende wetswijziging. Omdat de SV wel sterke gelijkenis vertoont met de tbs maar daaraan niet is gelijk te stellen, volgt hier een korte schets.

De belangrijkste overeenkomst tussen de tbs en de SV is dat het beide strafrechtelijke maatregelen zijn die voor onbepaalde tijd kunnen worden verlengd en die dienen ter beveiliging van de samenleving tegen de gevaarlijke dader. De Duitse rechter kan een SV echter alleen gelasten ten aanzien van recidiverende plegers van ernstige gewelds- of zedendelicten, en alleen *naast* oplegging van een gevangenisstraf. Er moet dus altijd sprake zijn van (enige) schuld. Een stoornis hoeft niet te zijn vastgesteld.<sup>37</sup> De tenuitvoerlegging van de maatregel start na afloop van de gevangenisstraf,<sup>38</sup> waarna de voortzetting van de maatregel jaarlijks moet worden getoetst. Van 1975 tot 1998 was de duur van de SV beperkt tot tien jaar. Thans is het zo dat de SV na die tien jaar kan worden voortgezet. Zij moet dan niet meer jaarlijks, maar elke negen maanden door de rechter worden getoetst.<sup>39</sup> Voor het huidige plan van PvdA en VVD is relevant dat de tenuitvoerlegging van een opgelegde SV ook door de strafrechter kan worden ‘vorbehalten’, hetgeen betekent dat de rechter zijn definitieve beslissing kan uitstellen tot zes maanden vóór afloop van de straf.<sup>40</sup> Naast deze beide vormen van SV bestond tussen 2004 en 2013 ook de zgn. *nachträgliche Sicherungsverwahrung* (de ‘achterafolegging’). Deze kon worden toegepast als was gebleken van nieuwe omstandigheden, bekend geworden tijdens de tenuitvoerlegging van de straf.<sup>41</sup>

De opheffing van de maximumtermijn van tien jaar in 1998 en de invoering van ‘achterafolegging’ in 2004, beide met onmiddellijke werking en dus ‘met terugwerkende kracht’ kwam Duitsland in 2009 (de zaak M.) en 2011 (de zaak Haidn) op veroordeling door het EHRM te staan. Uit het feit dat de vrijheidsbeneming in deze gevallen was gebaseerd op een ten tijde van de veroordeling nog niet bestaande wet concludeerde het EHRM dat de relatie met de oorspronkelijke veroordeling was komen te ontbreken en dat de detentie dus willekeurig was.<sup>42</sup> Met name de motivering van het vervolg van deze uitspraken maakt deze rechtspraak interessant. De vrijheidsbeneming kon namelijk naar het oordeel van het EHRM ook niet worden gebaseerd op de grond voor de vrijheidsbeneming van ‘persons of unsound mind’, in artikel 5 lid 1 onder (e) EVRM, omdat noch bij oplegging noch later een stoornis als bedoeld in dat artikellid was vastgesteld. Bovendien was de betrokkene ook niet in een daartoe geëigende inrichting ondergebracht.<sup>43</sup> De wijziging was voorts in strijd met artikel 7 EVRM (het verbod een ‘penalty’ op te leggen zonder voorafgaande wet) omdat de SV als een ‘penalty’ in de zin van dat artikel moet worden beschouwd, ook al lag de

---

<sup>37</sup> Art. 66 StGB. T. Zimmermann, Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG), *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS)*, 2013, p. 164–178, i.h.b. p. 170.

<sup>38</sup> Art. 67c StGB.

<sup>39</sup> Art. 67e StGB.

<sup>40</sup> Art. 66a StGB jo. 275a StPO, Zimmermann (a.w.), p. 171.

<sup>41</sup> Art. 66b StGB. De nachträgliche Sicherungsverwahrung is sinds 2013 nog wel mogelijk in aansluiting op een strafrechtelijke opname in een psychiatrisch ziekenhuis als de stoornis waarop die opname berustte (artt. 20 en 21 StGB) niet langer bestaat en wel sprake is van ernstig gevaar, Zimmermann, (a.w.), p. 171 e.v.

<sup>42</sup> M., § 100 en Haidn, § 88.

<sup>43</sup> M., § 103 en Haidn, § 91–95.

verlengingsbeslissing in handen van een andere dan de strafopleggende rechter.<sup>44</sup> In zijn onderbouwing van deze oordelen ging het EHRM uitvoerig in op het karakter van de Duitse veiligheidsmaatregel. Het constateerde met een zeker afkeer ('it is striking') dat de maatregel werd ten uitvoer gelegd in een gewone gevangenis, waar het aan speciale 'maatregelen, instrumenten of inrichtingen' ter vermindering van het delict gevaar, en dus aan de middelen ter verkorting van de detentie, ontbrak. Daaraan konden de bescheiden privileges die deze veroordeelden werden toegekend niet afdoen. Juist degenen die in beginsel voor onbepaalde tijd van hun vrijheid worden beroofd, hebben naar het oordeel van het EHRM recht op steun en zorg als onderdeel van een welgemeend pogen het recidivegevaar te verminderen. Het Hof benadrukte dat omdat deze gedetineerden zonder hulp geen voortuitgang kunnen boeken, de autoriteiten, c.q. het personeel, bijzondere inspanningen moet leveren om deze gedetineerden te steunen bij het herwinnen van hun vrijheid.<sup>45</sup> Daartoe moet de betrokkene zo nodig worden overgebracht naar een beter geëquipeerde inrichting, oordeelde het Hof in een recente zaak tegen Oostenrijk.<sup>46</sup>

Het Bundesverfassungsgericht zag in de uitspraken in de zaken M. en Haidn aanleiding om – net als destijds bij de levenslange gevangenisstraf – een principiële uitspraak te doen over de tenuitvoerlegging van de maatregel en legde aan zijn oordeel behalve de rechtspraak van het EHRM ook weer het recht op respect voor de menselijke waardigheid ten grondslag. Het stelde een zevental beginselen op omtrent de in acht te nemen scheidswand tussen gevangenisstraf en SV, samengevat in het zgn. *Abstandsgebot*.<sup>47</sup> Deze beginselen zijn in 2013 omgezet in wetgeving.<sup>48</sup> Het ultima-ratiobeginsel als onderdeel van dit Abstandsgebot, waarmee wordt bedoeld dat de maatregel alleen wordt tenuitvoergelegd als er geen enkele andere oplossing is om de tenuitvoerlegging te voorkomen, is daarbij aldus ingevuld dat reeds tijdens de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf moet worden begonnen met de voorbereiding op de terugkeer in de samenleving. In het bijzonder moet de gestrafte – en daaronder valt ook de levenslanggestrafte –<sup>49</sup> al in de gevangenis een 'sociaal-therapeutische behandeling' worden aangeboden.<sup>50</sup> Doel daarvan is de tenuitvoerlegging van de SV te voorkomen.<sup>51</sup> Om de schending van het EVRM te herstellen ten aanzien van degenen die op dat moment de maatregel met terugwerkende kracht ondergingen, moesten bovendien noodverbanden worden aangelegd. Volgens de aanwijzingen van het Bundesverfassungsgericht werden voor diegenen die als uiterst gevaarlijk werden beschouwd in allerlei afdelingen opgezet die moesten voldoen aan de eisen van een therapeutische inrichting. Tevens moest bij deze gedetineerden (alsnog) een 'psychische Störung' worden vastgesteld, opdat alsnog aan de (e)-grond van artikel 5 eerste lid EVRM zou worden voldaan. De ingevoerde wettelijke overgangsregeling bepaalt daaromtrent dat uit concrete omstandigheden in de persoon of het gedrag van de betrokkene een ernstig gevaar is af te leiden dat hij als gevolg van die psychische Störung ernstige gewelds-of zedendelicten zal

---

<sup>44</sup> In HR 19 februari 2013, NJ 2013/392, r.o. 2.5, over art. 1 Sr en de verlenging van de maximale duur van de tbs maakte de HR dit onderscheid wel; naar art. 7 EVRM wordt in dit arrest niet verwezen. Zie voor de relatie tussen beide artikelen CAG Knigge voor HR 25 september 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BX5063.

<sup>45</sup> M., § 127 ev.

<sup>46</sup> EHRM 20 juli 2017, Lorenz tegen Oostenrijk, appl.nr. 11537/11.

<sup>47</sup> BVerfG 4 mei 2011, HRRS 2011 Nr. 488, Rn 111–118.

<sup>48</sup> Over deze wetswijziging: J.Elz, *Rückwirkungsverbot und Sicherungsverwahrung. Rechtliche und praktische Konsequenzen aus dem Kammerurteil des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Fal M. ./.* Deutschland, Wiesbaden: KrimZ 2014.

<sup>49</sup> T. Bartsch, *Lebenslange Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung. Gemeinsamkeiten, Unterschiede, Abgrenzungen*, *Forum Strafvollzug*, 2017, afl.4, p. 234–237, i.h.b. p. 236.

<sup>50</sup> Art. 66c lid 2 StGB. Art. 66c StGB is een raamartikel dat door de landen moet worden uitgewerkt.

<sup>51</sup> Elz (a.w.), p. 77, 78. Een en andere vertoont trekken van het door Van Veen bepleite 'terugverdienmodel'. Th.W. van Veen, *De TBS onder het vergrootglas*, DD 1992, p. 547–562, i.h.b. p. 561.

begaan.<sup>52</sup> De stoornis hoeft dus volgens deze overgangswetgeving niet in relatie tot het gepleegde delict te staan, zoals bij degenen die wegens het ontbreken van schuld of verminderde toerekening in een psychiatrisch ziekenhuis worden geplaatst.<sup>53</sup> Hoewel er onder Duitse wetenschappers kritiek bestaat op dit stoornisbegrip omdat het niet is gedefinieerd en onder de drempel van verminderde toerekening zit,<sup>54</sup> is de Duitse regering *vooralsnog* in haar opzet geslaagd. Het EHRM accepteerde in 2016 en 2017<sup>55</sup> voor deze categorie veroordeelden de grondslagwijziging van (a) in (e) en daarmee tevens de op het oog ruimere, want nu louter prospectieve, omschrijving van het stoornisbegrip. Het EHRM onderzocht daartoe minutieus of de in casu vastgestelde stoornis wel voldoende was om een ‘unsound mind’ aan te nemen,<sup>56</sup> dat wil zeggen een ‘mental disorder’ die zo ernstig is dat behandeling in een daarvoor geëigende inrichting is vereist.<sup>57</sup> Ook verdiepte het EHRM zich uitvoerig in de detentieomstandigheden. Op grond van dit onderzoek stelde het nu vast dat een therapeutisch klimaat werd aangeboden dat geëigend was voor patiënten in de geestelijke gezondheidszorg. Er was sprake van nieuwe gebouwen bij bestaande gevangenissen, aanmoediging tot deelname aan diverse therapieën, door gediplomeerd personeel, de mogelijkheid van verlof, etc., alles volgens de principes uiteengezet in zijn eerdere rechtspraak en inmiddels in de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht overgenomen. Nu de rechter op voldoende gronden had kunnen vaststellen dat sprake was van een ‘unsound mind’ en de aangeboden zorg en behandeling aan de eisen van artikel 5 lid 1 onder (e) EVRM voldeed, hoefde ook niet meer te worden gesproken van een ‘penalty’.<sup>58</sup> Zo bleven de daders van een ernstig delict van hun vrijheid beroofd op basis van een later vastgestelde stoornis, één die niet tot verminderde toerekening aanleiding had gegeven en daaraan ook niet gelijk hoefde te zijn. Het heeft iets van een wisseltruc. Duitse wetenschappers<sup>59</sup> zijn dan ook niet helemaal gerust. Respectering van de menselijke waardigheid staat en valt met de feitelijke invulling van de detentie en die vindt – letterlijk en figuurlijk – nog steeds plaats in de zeer dichte nabijheid van de gevangenis.<sup>60</sup> De Duitse regering is hierover op 29 november 2017 kritisch ondervraagd door de Grote Kamer van het EHRM<sup>61</sup> en het definitieve oordeel over de houdbaarheid van deze oplossing ligt dus nog in het verschiet.

### 3. Slot

<sup>52</sup> Art. 316f lid 2 Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB).

<sup>53</sup> De artt. 20 en 21 StGB; deze hanteren de begrippen: ‘krankhafte seelische Störung, tiefgreifende Bewußtseinsstörung oder Schwachsinn oder eine schwere andere seelische Abartigkeit’.

<sup>54</sup> Zimmermann (*a.w.*), p. 173. Deze grond is bedoeld mede te omvatten een antisociale persoonlijkheidsstoornis of een verslaving, mits die voldoet aan het begrip ‘unsound mind’ in artikel 5 lid 1 onder (e) EVRM Elz (*a.w.*), p. 74, 75.

<sup>55</sup> EHRM 7 januari 2016, Bergmann tegen Duitsland, appl.nr. 23279/14 (hierna: ‘Bergmann’); 6 oktober 2016, W.P. tegen Duitsland, appl.nr. 55594/13 (hierna: ‘W.P.’) en 2 februari 2017, Inseher tegen Duitsland, appl.nrs. 10211/12 en 27505/14. Inseher is verwezen naar de Grote Kamer.

<sup>56</sup> Bij Bergmann, § 112, had de rechter op basis van een onafhankelijk psychiatrisch rapport vastgesteld dat betrokkene leed aan ‘sexual sadism, sexual deviance en een sexual preference disorder, with sadomasochistic, fetishist and paedophilic elements’. Bij W.P., § 61, stelde de rechter een diepe persoonlijkheidsstoornis vast met sadistische elementen, waarbij voorts sprake was van ontkenning van de eigen agressiviteit en de minimalisering van de delicten. ‘Hij had duidelijk een complete behandeling nodig waaronder therapie voor zedendelinquenten’. Inseher leed aan ‘sexual sadism’.

<sup>57</sup> EHRM 28 november 2013, Glien tegen Duitsland, appl.nr. 7345/12 (hierna: ‘Glien’), § 85.

<sup>58</sup> Bergmann, § 153–182.

<sup>59</sup> Bartsch (*a.w.*), p. 236; A. Dax, *Die Neuregelung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung: Bestandaufnahme sowie kritische Betrachtung der bundes- und landesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots*, Berlin: Duncker & Humblot 2017.

<sup>60</sup> Resp. bij de gevangenissen in Rosdorf, Hamburg-Fuhlsbüttel en Straubing.

<sup>61</sup> De openbare hoorzitting in de zaak Inseher.



De gemene deler van de hier behandelde rechtspraak is dat mensen niet als ‘human waste’<sup>62</sup> mogen worden afgeschreven ook al hebben zij de ernstigste delicten gepleegd; dit geldt voor degenen die tot een levenslange gevangenisstraf zijn veroordeeld net zo goed als voor degenen aan wie een vrijheidsbenemende maatregel is opgelegd. Het EHRM acht het van doorslaggevend belang dat de autoriteiten de betrokkene blijven prikkelen om zo zijn gevaarlijkheid te doen afnemen. Daarbij moeten alle aanwezige middelen worden beproefd. Een kritische reflectie op de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf aan met name psychisch gestoorde delinquenten is daardoor noodzakelijk en tevens nodigt deze rechtspraak uit de behandeling in de longstay kritisch te blijven volgen. De rechtspraak biedt voorts een handvat voor de discussie rond de aanpak van gevaarlijke daders aan wie geen tbs wordt opgelegd omdat de deskundigen geen stoornis konden vaststellen, zoals Michael P.<sup>63</sup> Het blijkt dat een psychiatrische stoornis in enge zin niet hoeft te worden aangetoond. Die opvatting sluit aan bij het huidige wettelijk criterium voor de tbs. Als men met Van der Wolf<sup>64</sup> ervan uitgaat dat het vooral gaat om ‘een bio-psychologische factor (...) die verband houdt met het delict en als afwijkend van de norm moet worden beschouwd’ zou die de tbs moeten kunnen dragen. Dit geeft ruimte om het gevaar meer accent te geven bij oplegging van een tbs. De Duitse ‘vorbehalten Sicherungsverwahrung’ biedt in dit kader eveneens stof tot nadenken.

Mocht het tot wijziging van wetgeving komen dan is van belang te onderkennen dat de tbs-maatregel als een ‘penalty’ moet worden beschouwd en dus niet met terugwerkende kracht mag worden verzwaaard. Daaraan doet niet af dat de verlenging wordt bevolen door een andere rechter dan die de straf heeft opgelegd. Ten slotte, maar zeker niet als laatste, kan de vraag worden gesteld waarom de levenslange gevangenisstraf, nu zij een ‘prospect of release’ moet bieden, niet in combinatie met de maatregel tbs zou kunnen worden opgelegd. Zolang dat echter niet kan, is het des te dringender gewenst om waar nodig de tbs-behandeling in het kader van de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf te doen starten. De zogenaamde *Volgprocedure voor levenslanggestraften* opgesteld door het Forum Levenslang<sup>65</sup> waarin Frans Koenraadt al vele jaren participeert, kan daarvoor leidraad zijn. De Volgprocedure is voorzien van vragenlijsten die periodiek moeten worden afgenomen om zo willekeurige detentie te voorkomen. Zij zet in op de in dit artikel besproken positieve verplichtingen.

---

<sup>62</sup> Rechter Costa, in zijn partly dissenting opinion onder EHRM 11 April 2006, Léger tegen Frankrijk, appl.nr. 19324/02: ‘Potential victims would perhaps be better protected (except where prisoners escaped) – but would transforming prisoners into wild beasts or human waste not mean creating further victims and substituting vengeance for justice?’.

<sup>63</sup> Zie bv W. Canton, Behandeling van zedendelinquenten in een forensisch kader: zo simpel is het niet, Ivoren Toga-blog, 14 november 2017 en C.E. Dettmeijer-Vermeulen, Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen, met L.M.E. Mementi, *Gewogen Risico, deel 2: Behandeling opleggen aan zedendelinquenten*, 2017 en de reactie hierop van J. Harte, Nationaal Rapporteur komt met schijnoplossingen voor zedendelinquenten. Een simpele checklist bestaat niet om risico van recidive vast te stellen, *De Volkskrant*, 31 oktober 2017.

<sup>64</sup> M.J.F. van der Wolf, Knelpunten van de TBS in historisch perspectief: de weigerende observandus in het bijzonder, bewerking van een inleiding voor het Lutje PJG, 7 maart 2013, [lutjepjg.nl/files/publicaties/](http://lutjepjg.nl/files/publicaties/), p. 13.

<sup>65</sup> Forum Levenslang, *De Volgprocedure tijdens de levenslange gevangenisstraf in Nederland*, 2017, ISBN 978-90-815645-2-6, ook te vinden onder [forumlevenslang.nl/publicaties](http://forumlevenslang.nl/publicaties).